

Pouvoir constituant dérivé et contrôle du respect des limites

Norme fondamentale, la constitution se doit d'être stable. Cette stabilité ne signifie pas immuabilité ou intangibilité du texte. Au contraire, la constitution ne peut être pérenne qu'à condition qu'elle admette des adaptations ponctuelles. Autrement dit, la rigidité des constitutions écrites ne doit pas exclure une certaine dose de plasticité. Ce « seuil de malléabilité » peut objectivement se mesurer à la marge de manœuvre dont dispose le pouvoir de révision, c'est-à-dire à la nature et à l'intensité des limites, textuelles ou autres, qui lui sont imposées. Si on considère que ces limites sont les dispositions constitutionnelles, de forme ou de fond, qui bénéficient d'une « immunité » et qui, à ce titre, ne peuvent être l'objet de révision, un certain nombre de questions surgissent. Car si on postule que le pouvoir constituant est souverain, comment accepter que celui-ci soit limité ? Sous cet angle, la marque de la souveraineté du pouvoir constituant ne résiderait-elle pas, paradoxalement, dans le franchissement possible des limites plus que dans leur respect ? Et pour autant, ne doit-on pas admettre que les limites constitutionnelles ne sont pas des atténuations de la souveraineté du constituant puisque s'appliquer des normes que l'on s'est données n'est pas renoncer à sa souveraineté mais bien l'exercer ?¹ On le voit, la présence de limites à l'exercice du pouvoir constituant dérivé, dont Locke, Rousseau mais surtout Siéyès² ont systématisé l'existence, interroge sur l'étendue de sa compétence. Interrogation d'autant plus légitime si on admet que le respect de ces limites doit être assuré par le juge.

Ainsi, en aval, le contrôle juridictionnel du franchissement des limites par le constituant dérivé suppose, en amont, l'identification des limites imposées par le constituant originaire.

De l'utilité **(I)** découle l'effectivité des limites **(II)**.

¹ Dans ce sens voir S. RIALS, *R.D.P.*, 1984, pp. 587-606.

² « Les lois constitutionnelles dont dites fondamentales, non pas en ce sens qu'elles puissent devenir indépendantes de la volonté nationale, mais parce que les corps qui existent et agissent pour elles ne peuvent point y toucher. Dans chaque partie, la constitution n'est pas l'ouvrage du pouvoir constitué, mais du pouvoir constituant », cité in D.-G. LAVROFF, *Le droit constitutionnel de la V^{ème} République*, 3^{ème} édition, Dalloz, 1999, p. 107.

I – Des limites imposées au pouvoir de révision

Il convient ici de réfléchir à « l'utilité » des limites sans laquelle il n'y pas d'intérêt ou d'enjeu pour le constituant dérivé de les respecter. Ce sont avant tout les justifications des limites **(A)** qui renseignent sur leur variété dans les constitutions contemporaines **(B)**.

A – Les justifications des limites

Les principales justifications peuvent être regroupées en deux catégories, l'une concernant le pouvoir constituant dérivé, l'autre concernant le texte constitutionnel.

S'agissant du titulaire du pouvoir de révision d'abord. Même si l'existence juridique du constituant dérivé peut prêter à discussion, il n'en reste pas moins qu'en tant que pouvoir politique, c'est-à-dire pouvoir apte à poser des actes en vertu d'une norme, il est un pouvoir constitué. La doctrine le qualifie d'ailleurs de pouvoir constituant dérivé ou institué. A ce titre, il présente des caractéristiques bien distinctes de celles du constituant originaire. Il n'est, bien évidemment, pas initial, pas plus qu'il n'est autonome, inconditionné ou illimité. Il n'est donc pas souverain au sens où s'exerce la souveraineté, pleine et entière, du pouvoir originaire. Sa souveraineté, c'est-à-dire ici sa compétence, consiste plutôt à faire tout ce qui ne nuit pas au constituant originaire, pour paraphraser la définition de la liberté donnée par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, c'est-à-dire tout ce qui reste dans les limites des prescriptions du constituant originaire. La logique formelle du droit exige en effet qu'il n'y ait qu'un titulaire de la souveraineté. Ne pas poser de limites au pouvoir de révision reviendrait à le mettre sur le même pied que le pouvoir constituant et considérer de la même manière le souverain et ses représentants. Autrement dit, d'un point de vue organique, l'existence de limites se justifie par le souhait de faire respecter la volonté du souverain par les instances qui ont été créés par lui³.

³ En ce sens, D.-G. LAVROFF, *op. cit.*, pp. 107 et s.

S'agissant du texte maintenant, l'intérêt des limites est plus facilement perceptible. Elles permettent, d'une part, de préserver l'esprit de l'œuvre du constituant originaire à travers le temps et, d'autre part, de garantir un optimum de stabilité constitutionnelle possible du texte⁴. Les deux raisons sont en réalité liées. Car les auteurs des constitutions estiment bien souvent que leur texte est d'une grande valeur et qu'il est voué à l'éternité. Pour ce faire, il est important d'y prévoir des « verrous constitutionnels » qui permettent au texte de traverser les crises et les époques, la stabilité de la constitution étant alors le préalable à légitimité de l'action des gouvernants et à la connaissance des procédures démocratiques par les gouvernés. Sous cet angle, la rigidité d'une constitution est d'ailleurs peut-être la limite formelle la plus contraignante, c'est-à-dire la plus protectrice du texte fondamental, même si elle est un « état » de la constitution et non une « prescription » objective de celle-ci, comme les différentes clauses d'interdiction qu'une constitution peut connaître.

B – La nature des limites

On a pu constater que, sur le plan théorique, encadrer le pouvoir dérivé titulaire du pouvoir de révision était loin d'être incongru. Ce qui se vérifie aussi sur un plan plus pratique puisque près de 40% des Etats sur 170, à l'exception des pays d'Amérique du Nord⁵, prévoient des limites dans leurs constitutions⁶. Il ne semble pas, en outre, qu'il y ait de corrélation entre l'existence de limites dans le texte constitutionnel et le système de droit du pays concerné, ces pays se répartissant sur tous les continents. De surcroît, ces limites touchent de plus en plus de domaines mais peuvent aisément se répartir en limites formelles et en limites matérielles. Il faut d'ailleurs ici relever que le Conseil constitutionnel français semble distinguer « limites » et « interdictions » qui s'imposent au constituant dérivé. Ainsi, dans sa décision Maastricht II, du 2 septembre 1992, il reconnaît qu'il est loisible au pouvoir

⁴ Optimum et non maximum car une stabilité maximale reposerait sur une quasi-impossibilité de révision, ce qui est bien peu réaliste. Alors qu'une stabilité optimale cherche à réaliser un certain équilibre entre la protection du texte, qui est privilégiée, et un mécanisme de révision qui rend malgré tout possible les adaptations ponctuelles du texte.

⁵ Les développements qui suivent sont construits à partir des informations tirées de la base de recherche sur les constitutions du monde, www.aidc.org.tn.

⁶ Voir Ch. GADDES, Pouvoir constituant et limites matérielles au pouvoir de révision de la constitution, in Colloque « *Le pouvoir constituant aujourd'hui* », Cinquièmes journées tuniso-françaises de droit constitutionnel, Tunis, 16-17 novembre 2006, à paraître aux Presses universitaires de Tunis.

constituant, en tant que souverain, « d'abroger, de modifier ou de compléter les dispositions de valeur constitutionnelle » mais sous réserve, d'une part de certaines limitations et, d'autre part, de certaines interdictions. En réalité, les limitations semblent davantage renvoyer aux limites formelles alors que les interdictions, plus absolues, renvoient aux limites de fond.

S'agissant donc, d'abord, des limites formelles. Elles s'apparentent bien souvent à des interdictions conditionnelles de réviser : la constitution est insusceptible de modification à une période particulière ou dans certaines circonstances. Les limites formelles semblent donc avant tout temporelles ou circonstanciées. Ainsi, la constitution française interdit la révision en cas de « vacance ou d'empêchement définitif du président de la république » (art. 7), en cas de « mise en œuvre des pouvoirs exceptionnels » (art. 16) ou en cas « d'atteinte à l'intégrité du territoire » (art. 89). Dans le même esprit, en Belgique, aucune révision en peut intervenir « en temps de guerre ou lorsque les chambres sont empêchées de se réunir librement sur le territoire fédéral » (art. 196). En Espagne, au « temps de guerre » (art. 169), s'ajoutent les hypothèses de « l'état de siège », « l'état d'alerte » ou « l'état d'exception » (art. 116). De la même manière, en Moldavie, l'article 141a.3 de la constitution prohibe les révisions en période d'état d'urgence, d'état de siège, période de guerre ou en cas d'atteinte à l'intégrité du territoire. L'article 101 de la constitution de République centrafricaine, quant à elle, interdit seulement de réviser en cas de vacances de la présidence de la république ou s'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire. Limitation également reprise par l'article 165a.2 de la constitution du Burkina-Faso. Les exemples choisis sont volontairement divers et montrent donc bien la banalisation du recours aux limites formelles. Un constat semblable peut-être fait concernant les limites matérielles.

Les limites matérielles se rapprochent des interdictions absolues de réviser. Elles touchent un des fondements, une des valeurs cardinales de la constitution et de l'Etat et, à ce titre, bénéficient d'une protection maximale. Ainsi, L'article 79a.3 de la loi fondamentale allemande prohibe toute révision qui toucherait à la division de la fédération en Länder, au principe de participation des Länder à la législation ou « aux principes énoncés aux articles 1 à 20 ». En France, pour éviter un retour à la monarchie, « la forme républicaine du gouvernement » est une matière irréformable

(art. 89a15) ; tout comme en Italie (art. 139), en Moldavie (art. 141a11), ou en Centrafrique (« forme républicaine de l'Etat) (art. 101).... S'y ajoutent diverses dispositions fondamentales intouchables comme « le système multipartiste » (Burkina Faso, art. 165a11), « les caractères essentiels de l'Etat de droit démocratique » (République tchèque, art. 9a12), « l'indépendance de la justice, le pluralisme politique, l'unité et l'indivisibilité de l'Etat, la langue officielle » (Moldavie, art. 141a11). A noter, enfin, que la plus longue liste de limites matérielles à la révision est celle de l'article 288 de la constitution portugaise qui oblige les lois de révision constitutionnelle à respecter quatorze points dont, de manière anecdotique, « l'existence de plans économiques dans le cadre d'une économie mixte ».

Le pouvoir de révision apparaît donc clairement encadré. Mais de quelle garantie dispose le constituant originaire en cas de franchissement des limites ? Du recours au juge, dans certaines hypothèses.

II – Des limites protégeables par le juge constitutionnel

Des limites ne servent à rien si elles peuvent être ignorées par le pouvoir de révision. La question de l'utilité des limites débouche ici sur une interrogation sur leur effectivité. Effectivité des normes qui, dans l'Etat de droit, est garantie par le juge constitutionnel. Mais l'idée d'un contrôle juridictionnel des limites peut paraître hasardeuse tant du point de vue de la légitimité du contrôle **(A)** que de ses conséquences **(B)**.

A – La légitimité du contrôle

Le contrôle du respect des interdictions de réviser ne peut s'exercer que lors du contrôle des lois de révisions de la constitution. Reste à en accepter le principe. Car si l'idée peut s'imposer assez facilement en ce qui concerne le respect de la procédure, elle est bien plus délicate à concevoir concernant un contrôle au fond⁷. Ainsi, parfois, pour ne pas attirer la critique du gouvernement des juges, le juge constitutionnel se montre très respectueux de la souveraineté du pouvoir constituant,

⁷ L. FAVOREU et alii, *Droit constitutionnel*, Précis, Dalloz, 4^{ème} éd., p. 106.

d'autant que c'est elle qui fonde la légitimité du contrôle de constitutionnalité⁸ : il refuse alors de s'engager dans la voie du contrôle des lois de révision. Mais, parfois, il accepte en usant d'ailleurs bien souvent des arguments qu'un autre juge constitutionnel a invoqués pour réfuter un tel contrôle.

Au titre de la première hypothèse, il convient de citer la position du Conseil constitutionnel français. Dans une décision du 26 mars 2003⁹, celui-ci refuse de contrôler la constitutionnalité d'une loi de révision constitutionnelle votée par le Congrès. Il parachève ici son entreprise de protection du constituant dérivé, puisque en 1962¹⁰ et 1992¹¹ il avait déjà refusé de contrôler les lois référendaires, qu'elles aient un contenu constitutionnel ou législatif. Pourtant, certains auteurs avaient vu dans la référence faite par le Conseil aux « limites de la constitution » la porte ouverte à un véritable contrôle, même minimum, c'est-à-dire cantonné à l'existence, des lois constitutionnelles adoptées par le Congrès¹². Contrôle qui pouvait sembler nécessaire pour ne pas laisser sans sanction des pratiques contraires à la volonté du constituant originaire – peuple souverain. Mais le Conseil, en 2003, a écarté ce contrôle au motif d'une part, qu'il ne détient pas de la constitution une telle compétence sur les lois de révision ; et, d'autre part, qu'il n'est qu'un pouvoir constitué. Argument d'ailleurs utilisé par d'autres cours précisément pour s'ériger en contre-pouvoir du constituant dérivé et accepter le contrôle des lois de révision.

Cette position du juge français, qui s'explique finalement par la tradition constitutionnelle (il a fallu attendre 1958 pour instaurer le contrôle de constitutionnalité des lois, alors de là à passer au contrôle de constitutionnalité des lois de révision...), reste assez isolée au regard de l'option choisie par certaines cours constitutionnelles européennes notamment. Ainsi, en Allemagne, Autriche ou Italie par exemple, la doctrine et le juge admettent parfaitement l'idée incongrue a priori de « normes constitutionnelles inconstitutionnelles ». Ce faisant, et en se défendant de rentrer dans toute logique de supra-constitutionnalité, le Tribunal de

⁸ G. VEDEL, Schengen et Maastricht », *R.F.D.A.*, n° 2, 1992.

⁹ Décision 469 DC du 26 mars 2003, Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République.

¹⁰ Décision 20 DC du 6 novembre 1962, Loi référendaire.

¹¹ Décision 313 DC du 23 septembre 1992, Maastricht III.

¹² L. FAVOREU et L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 10^{ème} éd., 1999, pp. 193, 843-844.

Karlsruhe a pu contrôler des lois de révision par rapport aux dispositions constitutionnelles relatives aux droits fondamentaux¹³. La Cour constitutionnelle italienne, quant à elle, semble aller plus loin dans le raisonnement¹⁴. Elle estime que certains principes, autres que ceux explicitement exclus de toute révision par la constitution, ne peuvent être « ni renversés ni modifiés dans leur contenu essentiel », parce qu'ils appartiennent aux valeurs supérieures qui fondent la constitution italienne¹⁵. La démarche adoptée par la Cour constitutionnelle sud-africaine en 1995 est à la fois semblable et inédite. La nouvelle constitution, post apartheid, ne devait entrer en vigueur qu'à condition qu'elle respecte trente quatre principes, fondateurs de la nouvelle Afrique du Sud, contenus dans une annexe de la constitution intérimaire de 1993. Saisie de la « constitutionnalité de la future constitution », la Cour a alors estimé que certaines clauses de la constitution de 1996 étaient contraires à ces principes intangibles, obligeant l'Assemblée constituante à « revoir sa copie ». Une décision finale de conformité, appelée décision de « certification » fut ensuite rendue le 4 décembre 1995. Ce qui aboutit à une situation originale. D'une part, le constituant originaire s'est trouvé limité par des principes qui lui étaient imposés par le constituant de 1993 ; et, d'autre part, le juge s'est ouvertement comporté comme un véritable co-constituant, ce qui est un effet nécessairement induit par le contrôle des limites.

B – Les effets du contrôle

Le contrôle du franchissement des limites par le juge a des conséquences tant sur la fonction de l'organe de contrôle que sur la valeur des limites qui sont garanties.

Concernant le juge, le contrôle des lois de révisions et, à cette occasion, du respect des limites imposées par le souverain, conduit le juge constitutionnel à s'arroger le pouvoir constituant. Ou tout du moins à s'approprier une partie du pouvoir constituant et à s'ériger en co-constituant. Ce qui peut a priori paraître choquant, car les cours constitutionnelles sont des pouvoirs institués, donc exclus du

¹³ L. FAVOREU, La légitimité du juge constitutionnel, *R.I.D.C.*, n° 2, 1994, p. 581. Pour davantage de détails sur la pratique des cours allemande et autrichienne, voir *A.I.J.C.*, n° 6, 1990, pp. 15 et s.

¹⁴ Arrêt n° 1146, 1988.

¹⁵ Pour plus de détails, voir R. BADINTER, Le Conseil constitutionnel et le pouvoir constituant, *Mélanges Jacques Robert*, Montchrestien, 1998, p. 222.

pouvoir constituant¹⁶. Pourtant, c'est par l'utilisation de son pouvoir d'interprétation que le juge constitutionnel remplit cette fonction constituante. Il s'agit ici d'une conséquence de la théorie réaliste de l'interprétation¹⁷. En contrôlant le respect des limites textuelles par le pouvoir de révision, non seulement il donne un sens normatif aux prescriptions contenues dans le texte, mais il peut ajouter des limites non prévues par le texte. Ainsi, si le Conseil constitutionnel français avait admis que la loi constitutionnelle sur l'organisation décentralisée de la république, sans contrevenir aux limites formelles et matérielles contenues dans la constitution, portait atteinte au principe d'indivisibilité de la république, il eut fallu en déduire que le principe d'indivisibilité s'imposât au pouvoir constituant dérivé et, à ce titre, qu'il devînt une limite supplémentaire au pouvoir de révision. Mais dans cette hypothèse, la limite n'est plus textuelle mais bien prétorienne. Celle-ci découle mécaniquement du fait que le juge constitutionnel sanctionne une disposition d'une loi constitutionnelle pour contrariété avec une disposition de la constitution. C'est donc bien par son interprétation que le juge peut imposer une contrainte supplémentaire au constituant institué, déterminant le niveau de chacune des normes énoncées lors de l'interprétation et resserrant encore un peu plus la marge de manœuvre du pouvoir dérivé. Finalement, le contrôle du franchissement des limites formelles et matérielles contenues dans la constitution aboutit occasionnellement à créer de nouvelles limites et enserrer le pouvoir de révision dans un réseau de contraintes qui conduit à s'interroger sur la valeur des limites.

C'est ici le second effet du contrôle et du pouvoir d'interprétation du juge : quelle place dans la hiérarchie normative accorder aux clauses constitutionnelles prescrivant des limites ou interprétées comme telles ? Si on raisonne par analogie, on peut affirmer que les dispositions constitutionnelles étant toutes des limites de rang supérieur s'imposant au pouvoir législatif, alors les clauses constitutionnelles contenant des interdictions pourraient être aussi considérées comme des limites hiérarchiques au pouvoir de révision. Deux options sont alors envisageables : ou bien, pour emprunter à la sémantique jusnaturaliste, les clauses irrévisables n'ont

¹⁶ L'idée des cours constitutionnelles comme organes législateurs partiels (voir Kelsen et le législateur négatif) est plus facilement admise que celle d'une cour co-constituante.

¹⁷ M. TROPER, Le juge constitutionnel comme pouvoir constituant, in Colloque « *Le pouvoir constituant aujourd'hui* », Cinquièmes journées tuniso-françaises de droit constitutionnel, Tunis, 16-17 novembre 2006, à paraître aux Presses universitaires de Tunis.

pas valeur constitutionnelle mais bien supra constitutionnelle ; ou bien elles signifient simplement qu'il existe une différenciation hiérarchique du droit constitutionnel formel au sein de la constitution. Concernant la première proposition, on se rend compte que peu de cours constitutionnelles font référence à une hypothétique et « insaisissable »¹⁸ valeur supérieure à la constitution, même quand elles opèrent le contrôle des lois de révision. Pourtant, certains auteurs¹⁹ soutiennent l'existence de normes supra-constitutionnelles. Quatre objections leur sont facilement opposables. D'abord, si les normes de valeur supra-constitutionnelle existent, elles ne peuvent être que des principes de droit naturel, qui seraient une sorte de « socle philosophique commun » aux sociétés politiques. D'où, ensuite, le fait que certains trouvent l'origine des normes supra-constitutionnelles dans les traités internationaux. Or, techniquement, comment une norme de rang infra-constitutionnel pourrait-elle porter une prescription de valeur supra constitutionnelle ? De surcroît, la reconnaissance de normes supra constitutionnelles est incompatible avec la théorie du pouvoir constituant originaire. Celui-ci, de fait, se verrait limité, ce qui aboutirait à supprimer la souveraineté du peuple exerçant la compétence constituante. Enfin, même si l'argument est plus discutable, les limites prévues par les constitutions, comme par exemple « la forme républicaine du gouvernement » en France, peuvent toujours être contournées par une révision de ce même article²⁰.

En conséquence, il est préférable de voir dans les limites la marque d'une dissociation, plutôt hiérarchique, entre les prescriptions constitutionnelles d'un même texte. Rien n'empêche en effet de dire qu'au sein de la constitution, à un instant donné, tel principe soit plus important que tel autre. N'est ce pas, d'ailleurs, la méthode adoptée par le juge constitutionnel dans le cadre du contrôle des lois qui, plus qu'instaurant une hiérarchie ouverte entre les normes constitutionnelles, opère une conciliation entre elles en avantageant, momentanément, l'une ou l'autre ? La démarche peut être transposable au contrôle des lois de révision. Les clauses d'interdictions, fixées par le texte, seraient formellement et structurellement plus

¹⁸ L. FAVOREU, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 105.

¹⁹ Stéphane RIALS, préc. ; Serge ARNE, Les normes constitutionnelles, *R.D.P.*, 1993, n° 2, pp. 459-512. *Contra*, D.-G. LAVROFF, *Le droit constitutionnel de la Vème République*, op. cit., p. 129 ; L. FAVOREU, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 105 ; G. VEDEL, préc. ; F. LUCHAIRE, L'Union européenne et la Constitution, *R.D.P.*, 1992, p. 1591. Et pour une opinion plus nuancée voir O. BEAUD, La souveraineté de l'Etat, le pouvoir constituant et le traité de Maastricht, *R.F.D.A.*, n° 9, 1993, pp. 1045 et s.

²⁰ Même si on a bien conscience de la dimension « régressive à l'infini » de cet argument qui, finalement, dans l'hypothèse extrême, contribuerait à réduire la constitution à une coquille vide.

importantes qu'une autre disposition constitutionnelle. Les limites, découvertes par le juge, primeraient conjoncturellement, c'est-à-dire à l'occasion d'un contrôle les impliquant, certaines autres dispositions constitutionnelles. Après tout, si on prend l'exemple français, il n'y a rien de choquant à donner plus de poids au principe constitutionnel d'indivisibilité de la république qu'à celui prévoyant l'organisation d'une séance hebdomadaire de questions au gouvernement ! Ainsi, il n'y a pas de contrariété entre les normes de rang constitutionnel, les limites n'étant pas « plus » constitutionnelles que d'autres. Il y a seulement articulation d'un droit constitutionnel « simple »²¹ (contenu dans les lois de révisions) avec certaines dispositions caractéristiques d'un droit constitutionnel « fondamental » (contenu dans les limites textuelles et jurisprudentielles). A cette condition, le « mythe » de la supra-constitutionnalité disparaît, le « spectre » du gouvernement des juges s'éloigne et « l'esprit » du pouvoir de révision est préservé.

Fabrice Hourquebie

Maître de Conférences en droit public

Université Montesquieu-Bordeaux IV

CERCCLÉ-CEREB

²¹ Pour reprendre les termes de Louis FAVOREU, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 107.